

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE DROIT DU PATIENT D'ÊTRE INFORMÉ : UN DROIT PROTÉGÉ PAR
LA CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE

Auteur(s) : François TOTH

Revue : RDUS, 1989-1990, volume 20, numéro 1

Pages : 161-174

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13547>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13547>

Page vide laissée intentionnellement.

LE DROIT DU PATIENT D'ÊTRE INFORMÉ: UN DROIT PROTÉGÉ PAR LA CHARTE DES DROITS ET LIBERTÉS DE LA PERSONNE

par François TOTH*

L'inviolabilité de la personne humaine est un droit fondamental. Bien avant les Chartes canadienne¹ et québécoise², bien avant l'article 19 du Code civil du Bas-Canada, cet axiome³ ne faisait aucun doute dans notre tradition juridique civiliste⁴. Une des conséquences de ce postulat est la nécessité qu'un patient consente à tout traitement médical ou examen. Dans le but de rétablir l'équilibre entre partie savante et profane et afin de permettre au patient de donner une autorisation valide⁵, exempte de toute erreur, la doctrine et la jurisprudence⁶ ont développé la théorie du consentement éclairé à l'acte médical⁷. S'il est exact de dire que l'obligation du médecin de

*. Avocat, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. L'auteur tient à remercier pour leurs judicieux conseils les professeurs Robert P. Kouri, Louise Lussier et Luc B. Tremblay.

1. Charte canadienne des droits et libertés, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, Ch. 11 (R.U.) Ann. B dans L.R.C. (1985), App. II, no 44, Ann. B.
2. Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. c. C-12.
3. L. Mazeaud, «Les contrats sur le corps humain», (1956) 16 R. du B. 157.
4. A ce sujet: L. Baudouin, «La personne humaine au centre du droit québécois», (1966) 26 R. du B. 66; J.-L. Baudouin, «Corps humain et actes juridiques», (1976) 6 R.D.U.S. 387, 390; M. Caron, «Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne?», (1978) 56 R. du B. Can. 197; F. Fortin et al., «Sanctions et réparations des atteintes au corps humain en droit québécois», (1975) 6 R.D.U.S. 150, 153; E. Groffier, «De certains aspects juridiques du transsexualisme dans le droit québécois», (1975) 6 R.D.U.S. 114, 123; F. Héleine, «Le dogme de l'intangibilité du corps humain et ses atteintes normalisées dans le droit des obligations du Québec contemporain», (1976) R. du B. 2, 4; A. Mayrand, L'inviolabilité de la personne humaine, Wilson et Lafleur Ltée, Montréal, 1975; F.R. Scott, «The Bill of Rights and Quebec Law», (1959) 36 R. du B. Can. 135.
5. B.M. Knoppers, «Les notions d'autorisation et de consentement dans le contrat médical», (1978) 19 C. de D. 893.
6. Dès le siècle dernier: Griffith v. Harwood, (1899) 9 B.R. 299.
7. Il s'agit aussi d'une obligation déontologique susceptible de sanction disciplinaire: Code de déontologie des médecins, c. M-9, r. 4, art. 2.03.28. «Sauf urgence, le médecin doit, avant d'entreprendre une investigation, un traitement ou une recherche, obtenir du patient ou de son représentant ou des personnes dont le consentement peut être requis par la loi, une autorisation libre et éclairée». Voir Weiss v. Solomon, (1989) R.J.Q. 731 (C.S.). Notons qu'il

renseigner et de conseiller son patient procède du contrat médical⁸, nous soumettons que depuis l'adoption de la Charte des droits et libertés de la personne⁹ le droit du patient à l'information a été élevé au rang de droit de la personne et doit jouir de la même protection que le principe de l'inviolabilité de la personne humaine.

A. Le droit du patient à l'information.

Plus généralement utilisé dans sa dimension collective («le droit du public à l'information»)¹⁰, le droit à l'information sert d'assise à la liberté de presse qui ne jouit toutefois pas d'une reconnaissance particulière dans la Charte. Dans cette acception, il signifie davantage la liberté d'informer. L'émetteur d'informations trouve ainsi la justification de son action dans les «droits» des récepteurs. De la même manière, le droit à l'information sert de norme d'appréciation lorsque l'on reproche à l'émetteur d'avoir abusé de sa liberté d'expression (par exemple, dans un cas de diffamation), le tribunal prenant alors en considération le droit du public de savoir¹¹.

Par ailleurs, le langage utilisé dans la Charte s'oppose à cette seule dimension collective et confère au droit à l'information une application individuelle. Il s'agit d'un droit dont la personne physique ou morale est détentrice¹². Mais quel en est le contenu exact? S'agit-il pour la personne d'un simple droit d'accès à l'information (par exemple, l'accès du patient à son dossier médical¹³) ou au contraire, d'un droit d'être informée imposant alors à d'autres l'obligation de renseigner? En fait, les deux solutions sont possibles à cause du «caractère programmatif» du droit à l'information¹⁴. Tout dépend en quelque sorte de cette «mesure prévue par la loi». Selon Pierre Trudel:

-
- s'agissait d'une obligation professionnelle bien avant l'adoption formelle d'un Code de déontologie prévue au Code des Professions, L.R.Q., c. C-26, arts 12 et 87. A. Lajoie, P.A. Molinari, J.-M. Auby, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, P.U.M., 1981, Montréal 1261 p., pp. 238 à 241 et pp. 576-577.
8. Schierz v. Dodds, (1986) R.J.Q. 2623 (C.A.), p. 2630; Chouinard v. Landry, (1987) R.J.Q. 1954 (C.A.), p. 1966. A. Bernardot, R.P. Kouri, *La responsabilité civile médicale*, Les Editions Revue de Droit, Université de Sherbrooke, Sherbrooke, 1980, pp. 112 ss.
 9. Supra, note 2. Ci-après appelée «la Charte».
 10. Le droit à l'information a été inséré dans la Charte suite aux suggestions des journalistes. Pierre Trudel, *Droit de l'information et de la communication*, Editions Thémis, Montréal, 1984, 595 pp., p. 14.
 11. Id., pp. 14-16.
 12. Loi d'interprétation, L.R.Q., c. I-16, art. 61 (16). A ce sujet: Pierre Trudel et al., *Le droit à l'information*, P.U.M., Montréal, 1981, 454 p., pp. 279 ss.
 13. Levinson v. Royal Victoria Hospital, (1982) C.A. 548.
 14. P. Trudel, supra, note 10, p. 265.

«[les droits économiques et sociaux dont le droit à l'information] n'ont pas valeur d'obligation juridique, ils ne sont pas générateurs de droits subjectifs tant qu'ils n'ont pas été formellement inclus dans la législation et mis en oeuvre de façon concrète»¹⁵.

Si l'on peut désapprouver cette approche normative en matière de semblables droits de la personne, l'Etat fixant en définitive le moment, les modalités du contenu de même que les personnes auxquelles il reconnaîtra l'exercice du droit¹⁶, il faudra néanmoins se résigner à examiner les dispositions législatives et réglementaires¹⁷ afin de savoir si le patient ne jouit que d'un droit d'accès à l'information ou s'il est véritablement créancier d'une obligation d'informer¹⁸.

C'est à cette seconde catégorie qu'appartient le droit du patient à l'information. L'article 2.03.29 du Code de déontologie des médecins¹⁹, qui répond à la définition de «loi» au sens de la Charte²⁰, énonce que:

«2.03.29 Le médecin doit s'assurer que le patient ou son représentant ou les personnes dont le consentement peut être requis par la loi ont reçu les explications nécessaires portant sur la nature, le but et les conséquences

15. Id., p. 266.

16. Id., p. 266.

17. Art. 56(3) de la Charte (voir la note 9).

18. Dans ce cas, ce serait une volonté de protection qui pourrait fonder les dispositions législatives imposant à certaines personnes l'obligation d'informer des individus. P. Trudel, *supra*, note 10, p. 286. Cet auteur cite à l'appui de son affirmation l'article 27 de la Loi sur la protection du malade mental, L.R.Q., c. P-41 qui impose au centre hospitalier où une personne est admise en cure fermée l'obligation de l'informer des droits et recours qui lui sont conférés par ladite loi. C'est aussi dans un but de protection, à notre avis, que la même loi impose, à son article 28, l'obligation à tout médecin qui traite une personne en cure fermée de l'informer ainsi que sa famille ou les personnes qui en prennent soin des mesures susceptibles de hâter son retour à la santé. On constate que l'obligation du médecin de conserver le secret professionnel cède le pas devant le besoin de maintenir ou préserver la santé de l'individu.

19. *Supra*, note 7.

20. Article 56 al. 3 de la Charte. A ce sujet, voir: L. Ducharme, «Le secret médical et l'article 9 de la Charte des droits et libertés de la personne», (1984) 44 R. du B. 955; raisonnement suivi par M. le juge Nolan (dissident) dans l'affaire *Cordeau v. Cordeau*, (1984) R.D.J. 20 (C.A.). Requête pour autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada accordée le 4 juin 1984.

possibles de l'investigation, du traitement ou de la recherche que le médecin s'apprête à effectuer».

Ce texte réglementaire jette un éclairage nouveau sur l'obligation du médecin d'informer son patient, obligation jusqu'ici explicitée par la doctrine et la jurisprudence. Le droit du patient à l'information est devenu un droit de la personne protégé par la Charte. Le patient a le droit de recevoir les explications nécessaires portant sur la nature, le but et les conséquences possibles de l'investigation, du traitement ou de la recherche. En cas de violation du droit du patient à l'information, le recours prévu à l'article 49 de la Charte lui est ouvert²¹.

A notre avis, ces textes législatifs et réglementaires changent le fondement juridique de l'obligation d'informer. Bien sûr, cette obligation s'impose au contrat médical en vertu de l'article 1024 du Code civil:

«Les obligations d'un contrat s'étendent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature et suivant l'équité, l'usage ou la loi»²².

Mais l'obligation d'informer a aussi un fondement légal. Il s'agit à la fois d'une obligation contractuelle et d'une obligation légale²³. Ce fondement légal, l'obligation d'informer le tire de la combinaison de la Charte, du Code des professions et du Code de déontologie des médecins²⁴.

-
21. Art. 49: «Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte. En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires.»
 22. A ce sujet, l'article du Professeur P.-A. Crépeau considéré comme un classique: «Le contenu obligationnel d'un contrat», (1965) 43 R.B. Can. 1.
 23. Brouillard v. Perron, (1989) R.J.Q. 569 (C.A.). Avec les conséquences que cela peut impliquer quant à l'option des régimes de responsabilité: Wabasso Ltd v. The National Drying Machinery Co., (1981) 1 R.C.S. 578; Chouinard v. Landry, (1987) R.J.Q. 1954 (C.A.). Voir Forget v. Hôpital Maisonneuve-Rosemont, (1987) R.J.Q. 1273 (C.S.) pour un exemple où l'option de régime présentait un avantage évident.
 24. «Il est surprenant de constater, à la lecture des principaux arrêts rendus au Québec, durant l'année écoulée, le peu d'importance que les plaideurs et les tribunaux semblent attacher aux textes législatifs, quant au fondement même de cette obligation. On s'applique davantage à rechercher une définition jurisprudentielle en

B. Etendue du droit du patient à l'information²⁵

Examinons le Code de déontologie des médecins afin de déterminer l'étendue du droit du patient à l'information.

1. La lecture combinée des articles 2.03.28 et 2.03.29 du Code de déontologie des médecins nous conduit à un curieux résultat. Le médecin doit obtenir l'autorisation libre et éclairée du patient avant tout traitement (art. 2.03.28) ce qui constitue un devoir exprès, imposé par la loi. Or, il n'a qu'à s'assurer que les explications nécessaires ont été fournies au patient (art. 2.03.29) ce qui laisse sous-entendre que les explications portant sur le traitement qu'il s'apprête à effectuer ont pu être données par quelqu'un d'autre, médecin, infirmière ou autre. Techniquement, c'est exact mais il serait téméraire pour un médecin traitant de simplement demander au patient s'il a préalablement reçu toutes les explications nécessaires. En effet, comment être vraiment convaincu de la suffisance de l'explication donnée par un tiers, fut-il médecin?

Cela ne signifie pas que le médecin traitant doit reprendre toutes les explications données par un collègue. En effet, au fil des consultations et de traitements prolongés, certains patients peuvent développer des connaissances médicales surprenantes. Par contre, le médecin traitant doit être raisonnablement convaincu que le patient détient l'information nécessaire pour donner une autorisation libre et éclairée.

2. Des explications doivent être données. De là découle la conséquence que le médecin ne doit pas simplement donner de l'information en général: il doit expliquer au patient. Et les explications doivent permettre au patient de consentir de façon libre et éclairée. Elles ne doivent pas viser à convaincre²⁶. Bien informé, le patient peut légalement refuser des soins. Un refus de soins, libre et éclairé, est valide en droit²⁷.

3. Les explications doivent être nécessaires pour donner une autorisation libre et éclairée selon le point de vue de la personne qui les donne, c'est-à-dire qu'elles doivent être scientifiquement exactes et

tendant de raffiner les principes mis de l'avant par la Cour suprême». M. Fauteux, P. Magnan, «Le consentement éclairé ou le devoir d'information», (1986) R.R.A. 139.

25. Voir A. Lajoie, P.A. Molinari, J.-M. Auby, *supra*, note 7, pp. 245-246 et pp. 576-580 pour une analyse des obligations des médecins en matière d'information en comparaison avec celles des autres corporations professionnelles.

26. Comité-médecins 2, (1980) D.D.C.P. 193.

27. A. Bernardot, R.P. Kouri, *supra*, note 8, pp. 119-120.

conformes aux données acquises de la science (caractère objectif) ou si l'on préfère appréciées in abstracto. Ces explications doivent également être adéquates du point de vue de la personne qui les reçoit en ce qu'elles doivent être adaptées au patient lui-même et à son niveau d'éducation (appréciation in concreto)²⁸. Cependant, il ne faut pas croire qu'un faible niveau d'instruction justifie de donner moins d'informations au patient au motif que de toute façon il n'y comprendra rien, au contraire, une meilleure information doit être donnée c'est-à-dire une information plus accessible, mieux expliquée. Il est donc raisonnable d'exiger que le médecin s'assure qu'il a été compris²⁹. Cette obligation implique que le médecin doive faire des efforts raisonnables afin d'être compris et qu'il demande au patient s'il comprend les explications fournies. De cette façon, le médecin s'assure que le patient a reçu les explications nécessaires. Il ne peut s'agir selon nous que d'une obligation de moyens.

4. Le Code de déontologie des médecins³⁰ précise que le médecin doit donner les explications nécessaires portant sur la nature, le but et les conséquences possibles de l'investigation, du traitement ou de la recherche que le médecin s'apprête à effectuer. Très tôt, la jurisprudence et la doctrine ont établi une distinction entre conséquences possibles et probables³¹ d'un traitement médical. Seules les conséquences probables ont à être divulguées par le médecin³². On pourrait maintenant affirmer que toutes les conséquences même celles qui ne sont que possibles, doivent être divulguées au patient. Il s'agit là d'un résultat pour le moins inattendu. L'obligation du médecin apparaît très onéreuse, compte tenu de la sanction qui s'attache à

28. *Dineen v. Queen Elizabeth Hospital*, (1988) R.R.A 658 (C.A.). Opinion du Juge Lebel. A. Bernardot, R.P. Kouri, *supra*, note 8, p. 118. P.-A. Crépeau, *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*, Editions Yvon Blais Inc., 1989, 232 p., p. 52.

29. Dans l'affaire *Reibl v. Hughes*, (1980) 2 R.C.S. 880 originaire des provinces de Common Law, un problème de langue était à la base de l'inexécution par le médecin de l'obligation d'informer. En effet, le patient, d'origine hongroise, n'était pas familier avec la langue anglaise et n'a pas compris les explications du médecin. Situation qui a fort peu de chance de se produire au Québec, l'art. 2.03.05 du Code de déontologie des médecins prévoyant que le médecin «... peut cependant, s'il juge que c'est dans l'intérêt médical du patient, adresser celui-ci à un médecin qui connaît la langue du patient.»

30. *Infra*, note 7.

31. *Brunelle v. Sirois*, (1975) C.A. 779 est un classique à cet effet. *Tremblay v. Ethier*, C.S. Mtl. 500-05-0081-00-72 le 27 octobre 1975. *Chouinard v. Landry*, (1987) R.J.Q. 1954 (C.A.) sur les possibilités de traitements. C'était la distinction dominante au Québec avant 1980: L. Potvin, *L'obligation de renseignement du médecin*, Cowansville, Y. Blais Inc. 1984, p. 46.

32. *Sunne v. Shaw et al.*, (1981) C.S. 609. *Gouin v. Perreault v. Villeneuve*, (1982) 23 C.C.L.T. 72; *Gendron v. Leduc*, (1989) R.R.A. 245 (C.A.).

l'atteinte à un droit de la personne. Cette obligation du médecin d'informer de toutes les conséquences possibles aurait virtuellement l'effet d'imposer sur le corps médical une obligation de résultat ce qui va à l'encontre de la doctrine et de la jurisprudence unanimes sur la question³³. En effet, s'il s'agissait d'une obligation de divulguer toutes les complications possibles, le médecin serait présumé en faute du seul fait de ne pas les avoir dévoilées. Bien que nous doutions que le Code de déontologie des médecins ait pu avoir pour résultat de modifier l'intensité de l'obligation du médecin³⁴, il serait opportun qu'il soit amendé afin de dissiper cet imbroglio³⁵.

5. La généralité des termes du Code de déontologie des médecins quant à l'obligation de renseigner implique qu'elle s'applique avec la même intensité tant en cabinet privé qu'en établissement³⁶ au sens de la Loi sur les services de santé et les services sociaux³⁷.

6. En matière de soins thérapeutiques, l'obligation d'informer du médecin demeure sujette au devoir de protéger la santé et le bien-être du patient³⁸. Si bien qu'un médecin peut même se taire si l'information qu'il donnerait normalement au patient pourrait lui être préjudiciable³⁹.

-
- 33. Lefebvre v. Lamontagne, (1970) C.A. 471. Chouinard v. Landry, supra, note 31 (opinion du Juge Lebel).
 - 34. P.-A. Crépeau, supra, note 28, p. 52; A. Lajoie, P.A. Molinari, J.-M. Auby, supra, note 7, p. 242, note 750 et p. 345.
 - 35. On remarque l'usage du même adjectif («possible») dans le Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements c. S-5, r. 6 art. 52.1 qui dicte le contenu du document attestant le consentement du bénéficiaire à une anesthésie ou à une intervention chirurgicale. A cet effet, il serait souhaitable d'abandonner la dichotomie probable/possible et d'associer l'obligation d'informer à la gravité du risque comme nous le suggère le Juge Laskin dans Hopp v. Lepp, (1980) 2 R.C.S. 192 et Reibl v. Hughes, (1980) 2 R.C.S. 880. Les principes établis dans ces deux affaires (originaires des provinces de Common Law) en ce qui concerne la qualification des risques nous apparaissent compatibles avec notre droit civil.
 - 36. A. Lajoie, P.A. Molinari, J.-M. Auby, supra, note 7, pp. 242 et 247.
 - 37. L.R.Q., c. S-5. Voir l'art. 52.1 du Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements établi par Décret 1320-84, (1984) 116 G.O. II, 2745 en ce qui concerne le consentement en milieu hospitalier. Pour le personnel infirmier: Code de déontologie des infirmières et infirmiers, c. I-8, r. 4, art. 3.03.02. Voir aussi A. Lajoie, P.A. Molinari, J.-M. Auby, supra, note 7, pp. 322 ss.
 - 38. Code de déontologie des médecins, supra, note 7, art. 2.02.01.
 - 39. Brunelle v. Sirois, supra, note 31. Reibl v. Hughes, supra, note 35. A. Lajoie, P.A. Molinari, J.-M. Auby, supra, note 7, p. 245. Code de déontologie des médecins, supra, note 7, art. 4.02. L. Potvin, supra, note 31, pp. 65-66. A. Bernardot, R.P. Kouri, supra, note 8, p. 126.

C. Violation du droit à l'information: sanctions et recours

Le patient a le droit de recevoir l'information nécessaire afin de pouvoir consentir au traitement proposé de façon éclairée. Quand un patient subit un dommage comme conséquence d'un traitement, on analysera notamment la responsabilité civile du médecin en se demandant si le patient a été adéquatement informé des risques et complications probables reliés à ce traitement. Le patient pourra prétendre qu'il n'a pas donné un consentement libre et éclairé et que s'il avait été mieux informé, il n'aurait pas consenti à la procédure médicale qui s'avère aujourd'hui dommageable. Une question fort délicate se soulève quand le patient tente d'établir le lien de causalité entre le dommage qu'il a subi et la faute dans le devoir d'information: l'information inadéquate est-elle la *causa causans* du dommage⁴⁰?

Nous soumettons qu'il s'agit là de la deuxième étape du raisonnement. A partir du moment où l'on reconnaît que le patient a un droit à l'information et que le médecin porte atteinte à ce droit reconnu par la Charte, le patient a un recours contre le médecin fautif fondé sur l'article 49 de la Charte en vertu duquel il peut obtenir la cessation de l'atteinte (ex: priver le patient de l'accès à son dossier) et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte⁴¹. Il est parfaitement possible qu'un patient soit privé de l'information à laquelle il a droit en vertu de la Charte sans pour autant subir de dommages corporels. Il s'agit, néanmoins, d'une atteinte à son droit à l'information et pour lequel il peut être indemnisé. En effet, être privé d'un droit reconnu par la Charte c'est un dommage moral compensable suivant les règles habituelles de la responsabilité civile même s'il peut être difficile d'évaluation⁴².

40. J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle*, Editions Yvon Blais Inc., 1985, p. 184 est d'opinion que la violation du devoir d'informer ne peut être au mieux que l'occasion du dommage et non la cause du préjudice. Voir l'opinion des juges dissidents Taschereau et Rivard dans *Beausoleil v. La Communauté des Soeurs de la Charité de la Providence*, (1965) B.R. 37. Voir cependant R.P. Kouri, «L'influence de la Cour suprême sur l'obligation de renseigner en droit médical québécois», (1984) R. du B. 851; R.P. Kouri, «La causalité et l'obligation de renseigner en droit médical québécois», (1987) 17 R.D.U.S. 1193.

41. J.-L. Baudouin, *ibid.*, p. 149.

42. Voir l'opinion du Juge Vallerand dans *Laferrière v. Lawson*, (1989) R.J.Q. 27 (C.A.) (en appel devant la Cour suprême du Canada) qui accorde \$5,000. comme dommages moraux consécutifs à la violation par un médecin de ses obligations de renseigner et de suivre. L. Perret, *De l'impact de la Charte des droits et libertés de la personne sur le droit des contrats et de la responsabilité du Québec*, (1981) 12 R.G.D. 121, pp 133 et ss.

Ce n'est pas qu'il y ait deux fautes mais plutôt que la même faute cause deux dommages distincts et qu'il convient d'analyser la causalité pour chacun. En somme, il faut d'abord se demander si le droit du patient à l'information a été violé: si oui, c'est un premier dommage. Ensuite, et le cas échéant, on pourra se demander si le patient aurait consenti au traitement ou à l'examen dommageable eût-il été adéquatement informé: si non, c'est le deuxième dommage. Le deuxième dépend du premier, mais le premier peut être autonome.

Appliquons maintenant ce raisonnement à une espèce récente⁴³ que nous estimons typique de la situation jurisprudentielle actuelle. Dans cette affaire, une patiente consulte le médecin défendeur afin de subir une stérilisation par ligature tubaire. L'intervention s'est déroulée sans problème mais la demanderesse est devenue enceinte quelques mois plus tard et a accouché d'un quatrième enfant. La demanderesse reproche au médecin de ne pas l'avoir informée des aléas de cette méthode contraceptive (0,5% à 3% de chances de grossesse). Elle réclame \$75,000.00 en dommages-intérêts.

La seule faute reprochée est la violation du devoir d'information puisqu'aucune faute n'est reprochée quant à l'exécution de l'acte médical. La cour pose les questions en litige ainsi:

- 1- Le défendeur a-t-il informé adéquatement la demanderesse?
- 2- La demanderesse a-t-elle souffert de dommages suite à l'intervention du défendeur?

Quant à la première question, le tribunal répond par la négative. Mise à part la problématique de l'étendue de l'obligation d'informer en matière non thérapeutique⁴⁴, la cour opine que le médecin «... devait lui rappeler (à la patiente) qu'aucune méthode contraceptive n'est sûre à 100%. Ici, le tribunal estime que malgré le faible pourcentage d'échec, le défendeur devait en informer la demanderesse»⁴⁵. La chose est compréhensible: l'objectif de la patiente et de la procédure est une stérilisation définitive. Or, la fécondité postérieure à l'opération est une conséquence qui va à l'encontre de cet objectif. La patiente doit donc en être informée pour

43. Faucher-Grenier v. Laurence, (1987) R.J.Q. 1109 (C.S.).

44. Qu'on estime plus onéreuse qu'en matière thérapeutique: Barrette v. Lajoie, J.E. 85-853 (C.S.); Chaussé v. Desjardins, (1986) R.J.Q. 358 (C.S.); Dulude v. Gaudet, (1974) C.S. 618; Hamelin-Hankins v. Papillon, (1980) C.S. 879; Stevens v. Ackman, (1989) R.R.A. 109 (C.S.). A. Bernardot, R.P. Kouri, *supra*, note 8, p. 121.

45. Loc. cit., note 43, p. 1114.

peser le pour et le contre et notamment décider si elle ne préférera pas une autre méthode contraceptive:

«Le défendeur a une obligation d'informer sa patiente sur l'opération qu'il va faire et, dans un cas où l'opération est faite dans le but d'assurer une stérilisation, il doit expliquer que ce n'est pas "garanti"»⁴⁶.

Même si le tribunal conclut que le défendeur a violé son obligation d'informer, sa faute n'a pas causé de dommage puisqu'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances et dûment informée aurait quand même accepté d'être opérée⁴⁷.

Cela est peut-être exact mais à notre avis un dommage avait déjà été causé: la violation du droit du patient à l'information. Et il y a un lien de causalité direct entre la faute et ce dommage moral.

En fait, trois situations peuvent se rencontrer:

- A. Ou bien le droit à l'information a été violé et le traitement a été fait sans le consentement éclairé du patient, mais il s'avère que le patient (ou un patient raisonnable selon l'approche choisie) y aurait consenti de toute façon. Or, le traitement se révèle bénéfique pour le patient. Il y aurait alors lieu à compensation entre le préjudice moral et le bénéfice physique⁴⁸.
- B. Ou bien le droit à l'information a été violé et le patient subit un préjudice physique du traitement, mais sans qu'on puisse établir de lien de cause à effet entre ce préjudice physique et le défaut d'information. La violation du droit à l'information peut être sanctionnée par l'octroi de dommages-intérêts même nominaux. Par contre, le tribunal pourra exercer sa discrétion et mitiger les dépens en excluant les expertises médicales qui ne visaient que l'établissement du préjudice corporel.

46. Ibid.

47. Pour une critique de cette approche objective, R.P. Kouri, loc. cit., note 40.

48. Barrette v. Lajoie, J.E. 85-853 (C.S.). A. Bernardot, R.P. Kouri, supra, note 8, p. 147. J. et R. Savatier, J.-M. Auby, H. Péquignot, Traité de droit médical, Librairies Techniques, Paris, 1956, p. 299.

- C. Enfin, le droit à l'information a été violé et un préjudice physique résulte de cette violation. Le patient dispose alors d'un recours pour faire sanctionner cette atteinte et peut réclamer et des dommages moraux et des dommages matériels.

Le préjudice moral résultant d'une violation du droit du patient à l'information donne ouverture à un recours contre le médecin fautif. Et cela, peu importe qu'il subisse ou non un dommage corporel des suites du traitement ou de l'examen médical.

En conséquence, dans une action en responsabilité civile médicale pour défaut d'avoir obtenu un consentement éclairé du patient, le demandeur pourra réclamer une compensation pour le préjudice moral et physique résultant de l'atteinte illicite à son droit à l'information. Remarquons qu'il n'est pas question à ce stade d'atteinte intentionnelle de la part du médecin fautif puisqu'il ne s'agit pas d'une condition du recours fondé sur l'article 49 al. 1 de la Charte. Cependant, si cette atteinte est intentionnelle et illicite, et il n'est pas impossible d'imaginer un cas où un médecin ment intentionnellement à un patient soit pour cacher la vérité ou pour arracher un consentement⁴⁹, des dommages exemplaires pourront être accordés suivant l'article 49 al. 2 de la Charte.

L'approche ci-haut suggérée nous apparaît nécessaire afin que l'obligation du médecin d'informer son patient retrouve son véritable sens et ne soit pas sanctionnée uniquement dans les cas où un dommage corporel résulte de sa violation.

Car autrement, c'est faire de l'obligation d'informer une obligation secondaire ou accessoire. Prétendre que le patient n'a pas subi de dommage car il aurait décidé de toute façon de subir le traitement ou l'examen, information ou pas, c'est banaliser le droit à l'information reconnu comme un droit de la personne et finalement le ramener à la seule question de savoir si le traitement ou l'examen est

49. Les Professeurs Bernardot et Kouri ont relevé certains cas de mensonges médicaux en jurisprudence française: supra, note 8, p. 126.

médicalement indiqué. Si oui, on présumera que le patient y aurait consenti. Cela revient à dire que la décision de subir le traitement ou l'examen est une prérogative médicale ce que la Cour suprême du Canada a rejeté⁵⁰. Ce n'est certes pas ce que la Charte des droits et libertés de la personne vise en faisant du droit d'être informé un droit intrinsèque à l'individu destiné à assurer sa protection et son épanouissement⁵¹.

50. Hopp v. Lepp, (1980) 2 R.C.S. 192; Reibl v. Hughes, (1980) 2 R.C.S. 880.

51. Préambule, Charte des droits et libertés de la personne, supra, note 2.